

Por lo general, todo aquel que se embarca en la empresa de estudiar la profesión del Derecho, el arte del jurista, tiene alguna vaga idea acerca del quehacer futuro que le aguarda en el ejercicio de la disciplina. Lamentablemente muchos de esos prejuicios —en el sentido de Gadamer— se alimentan de visiones distorsionadas del proceder del abogado, al que sería mejor llamar jurista (como se explicará más adelante), que se asocian a una cierta concepción tradicional desde la que se ve al Derecho como una profesión que facilita el ascenso social.¹⁴

En dicho contexto resulta fácil advertir que el iniciado suele confundir el Derecho con la ley y/o con cierta facultad, potestad o poder de la subjetividad. Confusión que proviene de una cierta lectura dada por los medios de comunicación, la televisión, el cine, etc., que presentan al abogado como un operador jurídico capacitado para sustentar pretensiones jurídicas, cualquiera que estas sean,

14 Como consecuencia de esto, Rogelio Perdomo indica que

existe una fuerte demanda estudiantil para estudiar derecho y hay los empresarios inescrupulosos que han formado escuelas de derecho con el menor esfuerzo posible y sin ninguna atención por la calidad académica. En contrapartida, el estudiante puede ser retribuido con una cierta garantía que obtendrá su titulación en el tiempo estipulado sin que importe demasiado su esfuerzo. En toda América Latina han proliferado las escuelas de galpón o de garaje. Basta un galpón para poner salones de clase y contratar unos cuantos profesores a los que se les paga por hora para tener una escuela de derecho. Es una educación barata pero que puede dar un beneficio económico al empresario [aunque] el producto es un abogado mal equipado. Rogelio Pérez Perdomo y Julia Rodríguez Torres comps., *La Formación Jurídica en América Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), 25.

ante los tribunales.¹⁵ Sin embargo, y aunque hay cierta verdad en dicha lectura, el Derecho es una realidad mucho más compleja, pues cuando se considera su naturaleza –como interrogante primero a una Introducción al estudio del Derecho– se advierte que ella no puede ser jurídica. Esto es, que su punto de partida es meta-jurídico, no está en el Derecho, sino fuera de él, en la Filosofía, la política, la economía, la Sociología, etc., según la perspectiva desde donde se le trate.

Determinar entonces qué es el Derecho, es una empresa que involucra asumir una posición, una perspectiva, ya que dicha realidad no es epistemológicamente aséptica, es decir, no puede ser tratada como otro objeto más de la ciencia natural. La razón es sencilla, es un objeto humano que, según el punto en el cual se coloque el acento, puede entenderse de una u otra forma. Por eso, al momento de considerar la educación jurídica, Jorge Enrique León Molina llama la atención sobre el hecho de que

la práctica del derecho puede oscilar en dos extremos: por un lado, puede ser cínica, en donde lo que importa es la ley, lo que impera es la estabilidad y estructura de las normas, los formalismos y la integridad del sistema jurídico como tal, estará enmarcada en el positivismo jurídico, ya sea ideológico, teórico o metodológico; y otra es la realista, en donde se “tiene una pretensión idealista como condición ontológica de la existencia del derecho”. Esta visión es propia del positivismo incluyente, en donde se trata de analizar el derecho a la luz de sus relaciones con la moral y otras ciencias auxiliares, que amplían el espectro interpretativo y argumentativo de las soluciones emergentes, y permite en últimas, en el estudiante, el investigador, el abogado y el operador judicial, un análisis integral del derecho. Existe, también, una tercera posibilidad problemática: la visión crítica y democrática del estudio del derecho, en la cual se procura a partir de los problemas que la afectan, dando primacía, en la comunidad académica, el uso de herramientas discursivas [...] Este modelo es defendido por las escuelas críticas del derecho. [Sin embargo,] desde el positivismo es casi imposible una crítica al modelo jurídico imperante; desde el positivismo incluyente, es más factible, pero sin salir de los marcos establecidos por el sistema legal para ello, y desde los estudios críticos, los análisis de los casos deben procurar una interpretación

15 En efecto, en el imaginario de muchos de los estudiantes de Derecho, las materias que comprometen un componente teórico son miradas con desdén, como algo que se ha de superar para sacar adelante la carrera profesional, pero algo que finalmente es propio más de personas que tienden a la especulación que a la práctica. Esto es, sin duda, producto del imaginario social facilista e inmediateista que estima el valor de una acción atendiendo más a los fines prácticos que a los medios teóricos. En suma, muchos educandos esperan de sus facultades que se les adiestre en el manejo técnico del Derecho más que en su reflexión, pues relacionan la actividad jurídica con una destreza para manipular el ordenamiento jurídico de acuerdo con sus propios intereses.

•¿Qué es el Derecho?•

y argumentación de los casos sometidos a estudios, en medio de los límites legales establecidos.¹⁶

Así las cosas, podría pensarse que la educación jurídica no es posible más allá del positivismo, porque “no se puede ir más allá del sistema en su estudio”. Sin embargo, y como se ha declarado ya en este trabajo, la opción intelectual que dirige la respuesta planteada al interrogante por el Derecho es la concepción realista clásica o metafísica del mismo. Esta, al contrario de una visión positivista, la cual considera la norma jurídica como el objeto de la ciencia del Derecho, sostiene que la realidad –incluida la realidad jurídica–, no se confunde con el mundo material –la norma jurídica positiva– y que aquella realidad posibilita el conocimiento más allá de nuestra propia conciencia. Por lo que, desde la concepción realista, el interrogante “¿qué es el Derecho?” debe contestarse siempre a partir de los hechos, la experiencia y la perspectiva de los juristas, quienes desarrollan el arte del Derecho.

Con todo, cuando se enfrenta el cuestionamiento por el Derecho, este se divide, por lo menos, en dos asuntos que expresan aspectos diferentes, aunque íntimamente relacionados, de la realidad jurídica: de un lado, la pregunta por la naturaleza del Derecho y del otro, la cuestión de su fundamento. La primera intenta responder “¿qué es el Derecho?”, mientras la segunda atiende a “¿de dónde obtiene su validez?”. Por eso, siguiendo a Massimo La Torre, el término Derecho se puede entender

en dos sentidos fundamentales: el primero es el derecho como *institución*, como sistema jurídico, es decir como conjunto de reglas válidas y eficaces; el segundo es el derecho como *concepto* del derecho, como conjunto de ideas acerca de lo que es o debería ser el derecho como institución. En este segundo sentido se puede hablar de derecho como conjunto de teorías del derecho.¹⁷

Tal como se ha dicho, a diferencia de otras opciones intelectuales, la postura realista clásica no pretende presentarse como la única respuesta. Al contrario, el realismo advierte que sus argumentos explican mucho de la confusión inmanentista y reconoce que ante la cuestión sobre la “naturaleza del Derecho”, de la cual

16 Prieto Salas, Agudelo Giraldo y León Molina, *Teoría Jurídica y enseñanza del Derecho*, 32-33.

17 Massimo La Torre, “El Derecho y la Teoría del Derecho”, en *Tendencias Actuales del Derecho*, compilado por José Luis Soberanes (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica, 1994), 135.

se discutirá más adelante, se han ofrecido las más diversas respuestas, cada una con fortalezas y debilidades, según el punto en el cual se coloque el acento.

En ese sentido, y como sugiere Hervada, la principal fortaleza de la posición realista clásica descansa en

ser una teoría de la justicia y del derecho construida desde la perspectiva del jurista, entendido este según se deduce de la clásica definición de justicia que se encuentra en el Digesto: dar a cada uno su derecho, dar a cada uno lo suyo.¹⁸

Lo que implica que es del jurista decir el Derecho, pues él, en cuanto poseedor de un saber especial para el discernimiento del mismo, se ve en relación con la justicia, realidad social a partir de la cual se construye la dimensión finalística de lo jurídico, de donde resulta que el arte del Derecho es el arte de lo justo.¹⁹

Sin embargo, y para no apresurar la exposición, resulta adecuado volver sobre la cuestión en torno a la “naturaleza del Derecho”, más precisamente respecto a su equivocidad conceptual, ya que no deja de ser cierto que este concepto, en cuanto palabra significativa, no es fácil de aprehender. Esto, debido a que la palabra “derecho” puede designar simultáneamente realidades distintas: ley y/o norma y/o precepto; derecho subjetivo; y/o conducta justa. Dichas realidades, aunque estén vinculadas, no significan el propio Derecho, pues este es una realidad análoga, es decir, un término que se refiere a varias realidades esencialmente distintas que, no obstante, guardan entre sí una cierta relación que explica su homónima denominación.

Así las cosas, la clave de bóveda que sirve para resolver la cuestión en torno a “¿qué es Derecho?” se encuentra en la analogía, por lo cual, para efectos de exponer el panorama de la forma más clara posible, este se divide en dos partes. La primera es una corta presentación acerca de los equívocos derivados de identificar el Derecho con la ley y/o con el Derecho Subjetivo. La segunda es la exposición del concepto de analogía en el ámbito de la postura del Realismo

18 Más precisamente, indica Hervada, que

toda construcción se especifica por su perspectiva formal. Desde esa perspectiva se elaboran los conceptos y se formulan las teorías. En consecuencia, toda reflexión sobre que sea el objeto del arte del jurista y sobre qué sea el derecho debe partir desde la perspectiva formal del jurista. Así la noción de derecho debe obtenerse desde dicha perspectiva. Javier Hervada, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, *Revista Persona y Derecho*, N. 18 (1988): 5-93, <http://hdl.handle.net/10171/12655>.

19 Gabriel Mora Restrepo, “Estatuto epistemológico del conocimiento jurídico”, *Revista Dikaion*, N. 9 (2000): 21-36, <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/295/438>.

Clásico, como paso previo a una definición del concepto de Derecho, la cual sólo podrá considerarse acabada con la total exposición de los capítulos que integran este texto.

Equívocos conceptuales

Ciertamente el Derecho aparece en la actualidad como una realidad omnipresente, pues, para muchos “juristas”, el Derecho expresa el conflicto, es decir, el terreno donde la violencia social –difundida y soterrada– sale a la luz. En este sentido es comprensible, por ejemplo, que teóricos como Francesco Carnelutti o Ángel Latorre vean el Derecho como un corolario de la economía, a la vez que como un sucedáneo de la moral, que “es el producto de un conjunto de transacciones y equilibrios más o menos estables entre los diversos grupos y un sistema de fuerzas resultantes de la combinación e interacción de múltiples poderes de hecho”.²⁰

En otras palabras, desde esa perspectiva, el Derecho es un mecanismo de administración de la violencia inherente a la sociedad, que debe ser gestionado de forma correcta para evitar la anarquía. Un dispositivo de poder y control social, un mecanismo de direccionamiento de la decisión y actuación práctica individual y social, con miras a la satisfacción de un fin que le es de suyo constitutivo: la paz. Porque, dice Latorre, “un sistema jurídico es un mecanismo de paz social, y es difícil imaginar un Derecho que no persiga aquella finalidad”.²¹ De lo cual se desprende que el *quid ius*, es decir, el estatuto ontológico y epistemológico del Derecho se reduce al conjunto de normas para regular y/o castigar las conductas individuales y las relaciones sociales contrarias a dicha finalidad. Lo que en últimas supone algunos de los equívocos que se describirán a continuación.

La identificación Derecho-ley

En términos sencillos, si se identifica el Derecho con la ley, ello supone que el término justicia no tiene sentido alguno para el universo jurídico, o, más precisamente, como señala Kelsen, que “la validez del derecho positivo no puede

20 Ángel Latorre, *Introducción al Derecho* (Barcelona: Ariel, 2000), 57. Además, véase Francesco Carnelutti, *Cómo Nace el Derecho* (Bogotá: Temis, 2000).

21 Latorre, *Introducción al Derecho*, 34. En dicha clave, agrega el mismo autor: “la ley es también el instrumento principal de reforma social, el medio básico por el que el Estado interviene en forma autoritaria para transformar situaciones o realidades que estima inadecuadas”. *Ibíd.*, 57.

depender de su relación con la justicia”.²² Pues, de acuerdo con él, el deber ser (*sollen*) es una categoría lógico-trascendental de las ciencias normativas y, como tal, obedece a la cuestión de las condiciones necesarias para el conocimiento del Derecho: *pureza metódica y neutralidad axiológica*, no para la estipulación de su contenido.²³

Como se advierte, la postura anterior elude la cuestión sobre “¿qué es el Derecho?”, cambiándola por la de “¿de dónde obtiene su validez?”, o, “¿cuáles son las condiciones lógico-formales para la creación del Derecho?”. De ahí deriva que la validez jurídica no puede surgir sino de la específica existencia de la propia norma jurídica, de su ser puesta o de las características procedimentales propias del sistema de creación. Con razón Laporta afirma, refiriéndose a Kelsen —exponente máximo de esa postura—, que

para él el derecho es un universo de normas válidas interrelacionadas que organizan la aplicación de actos coactivos a determinadas conductas humanas. Esto supone que toda su teoría gira entorno a la tentativa de conferir a la noción de *validez* de las normas un significado estrictamente jurídico.²⁴

Dicho significado, para esa postura, descansa en el hecho de que se establecen como válidas las normas que pertenecen a un determinado sistema jurídico si, y sólo si, en dicho sistema se estipula normativamente cómo y por quién (órgano competente, procedimiento y, en ocasiones, contenido) dichas normas son *puestas* (creadas) e *impuestas* (aplicadas). Es decir, si se estipula el nexo de imputación, que es el que identifica y diferencia el Derecho de las Ciencias Naturales, las cuales son guiadas por el principio de causalidad. Este, además, establece la relación entre dos hechos: la conducta y la sanción, lo que en últimas remite al *sancionador* que, en el mundo jurídico continental, se entifica a tal punto de hacerlo un fetiche en la figura del Estado. De ahí que el profesor José Guillermo Castro-Ayala recuerde que

22 Hans Kelsen, “Justicia y Derecho Natural”, en *Crítica del Derecho Natural*, de Hans Kelsen et al., (Madrid: Taurus, 1966), 100-150. En justificación a lo dicho, agrega el mismo autor: “las teorías del derecho natural han servido en lo esencial para justificar (legitimar) los ordenamientos establecidos y sus principales instituciones, considerándolas conformes al derecho natural”. *Ibid.*, 150.

23 Cf. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, versión 1960 (México: Porrúa, 1997), 15 y 68-69.

24 Francisco Javier Laporta, “Ética y Derecho en el Pensamiento Contemporáneo”, en *Historia de la Ética*, Vol. III, compilado por Victoria Camps (Madrid: Crítica, 1990), 224. (Cursiva en el original).

•¿Qué es el Derecho?•

la ley escrita se concibió como la permanencia del Estado, la *ratio legis* implicó, en un momento dado, la posibilidad de resolver de manera pacífica los conflictos, pero la estrechez de la ley se reconoció casi simultáneamente a su postulación y a su posibilidad de realización. [Por eso] los sistemas de interpretación exegético, sistemático, histórico y teleológico comportaron que esa actitud dialógica discursiva se planteará en un plano temporal respecto de la misma norma y cuyos protagonistas ciertos eran los jueces, imbuidos en realidades sociales diferentes.²⁵

Evidentemente el profesor Castro-Ayala escribe con cierta nostalgia del formalismo positivo –particularmente colombiano–, cuando presenta aquél pasado tranquilo en el que existía plena sinonimia entre Derecho, ley y escritura. Aunque también pone en evidencia la dificultad de obviar positivamente el problema de la justicia, pues,

la lectura de sentencia de las sentencias y autos y, en general, de las providencias judiciales es por antonomasia una lectura enciclopédica, confrontativa, no solo de la sentencia con la ley, con la Constitución, con el acervo probatorio, pero además con la noción de justicia, con una idea de eficiencia y efectividad del Estado, con su vertiente “de derecho”. Desde Schmidt y Kelsen, esta lectura confrontativa ayudaría a comprender de una mejor manera el Estado. La sentencia justa debe legitimar, por encima de cualquier otra circunstancia, al Estado de derecho, la injusta debe ser apelada o casada.²⁶

Lo paradójico en esta perspectiva es que si se extrae la justicia del Derecho y este se identifica con la ley, no hay forma de identificar cómo el Derecho objetivo materializa la paz jurídica, ya que, ciertamente, de una lectura confrontativa y razonada resulta claro que el Derecho objetivo no es sinónimo de justicia.

El equívoco evidente en la concepción anterior –característica de todo positivista–, es que además de sus problemas lógicos inherentes: indecidibilidad, subsunción, indeterminación, vaguedad, ambigüedad, incompletitud y validez²⁷,

25 José Guillermo Castro-Ayala, *Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización*, Colección Jus Privado 3 (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017), 38.

26 *Ibid.*, 41.

27 Respecto a los primeros tópicos, Óscar Alexis Agudelo Giraldo ha señalado que

la intencionalidad en la construcción de un sistema jurídico formal carente de lagunas, incoherencias e inconsistencias, corresponde a la visión sistemática del derecho construida a partir de modelos lógicos [...] La forma de aplicar la solución normativa a los casos, corresponde a los denominados enunciados de subsunción, en donde mediante el simple silogismo deductivo se subsume una norma jurídica de carácter general a un caso de tipo particular. Históricamente, se debe el nacimiento de los enunciados de subsunción, a las escuelas formalistas del Derecho y desde luego a Kelsen [...] Sin embargo, las críticas al formalismo

ignora que ya los clásicos reconocían “que la ley es la razón del derecho, pero no el mismo derecho”. Por suerte hay distinción entre el Derecho y el “hecho” psicológico, sociológico o político de producción/aplicación de la ley. Lo que sugiere entonces es que la ley no es todo el Derecho (monismo jurídico)²⁸, porque el Derecho se vincula a la justicia y, obviamente, si el Derecho fuera la ley misma, toda ley sería justa, lo cual resulta contrario a toda evidencia histórica y, de contera, confunde el objeto formal (la conducta humana) con el objeto material (la justicia) de la disciplina jurídica, como se verá más adelante.

La identificación Derecho-facultad

Otra de las equívocas definiciones del Derecho descansa en la identificación de este con cierta potestad, facultad o poder de la subjetividad con relación a ciertas realidades jurídicas (cosas o personas). Por lo que, en dicha perspectiva, primero está el poder supuesto y luego el derecho *puesto* (creado) e *impuesto* (aplicado).

En otras palabras, la subjetividad hace que el derecho derive de un sujeto-agente y recipiente al mismo tiempo, en cuanto lo que *hace suyo* lo de cada cual

jurídico demuestran la imposibilidad de subsunción frente a los tipos de casos difíciles, desarrollados en la teoría jurídica [...] Entonces, de acuerdo al desarrollo de esta interpretación analógica, cuando en un sistema formal su método efectivo no es capaz de clasificar cada uno de sus elementos, se clasifica, según el matemático Kurt Gödel, como un sistema indecidible. Óscar Alexis Agudelo Giraldo et al., *Lógica Aplicada al Razonamiento del Derecho*, 2ª ed., Colección Jus Filosofía N. 3 (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017), 53-54.

En lo que concierne a la validez, como se recordará, el modelo kelseniano supone una jerarquía de validación normativa que debe terminar en una “Norma Fundamental”. Sin embargo, afirma Nakhnikian,

la validez que Kelsen, como jurista analítico, asigna a la norma fundamental es la de una hipótesis o principio unificador –ficción– que no es verdadero ni falso, sino útil o inútil. Es útil en la medida en que las normas restantes del sistema puedan ser derivadas –y aplicadas– de la norma básica. La norma fundamental contiene un *deber ser*. Esta aparición de *deber ser* es extrajurídica, ya que dentro de la estructura kelseniana el *deber ser* de la norma básica no puede ser interpretado como qué significa jurídicamente debido, porque el carácter jurídicamente depende de su validez dentro de una jerarquía normativa. Necesitamos la norma básica antes de poder decir cuáles son las normas de un sistema jurídico. En otras palabras, jurídicamente debido significa lo que es derivable de una norma superior. Pero puesto que la norma fundamental es, por hipótesis, no derivada, su deber ser no puede significar jurídicamente debido. A menos que haya un deber ser extrajurídico, la normatividad de la norma fundamental queda sin explicación. George Nakhnikian, *El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas* (México: Fontanamara, 1998), 25.

28 Sostener semejante monismo jurídico

ha creado la tendencia generalizada a pensar que saber de derecho es sólo saber leyes. Sin embargo, la ley y el derecho son dos cosas distintas, el derecho es lo que pertenece a un sujeto (*lo justo* con respecto a él). La ley por su parte es una regla de conducta con fuerza vinculante “Características que identifican la particularidad del programa de Derecho de la Universidad Católica de Colombia”, *Philosophica Juris*, N. 1. (2003): 25.

•¿Qué es el Derecho?•

es su propia subjetividad. Lo dicho, con claridad, encierra una petición de principio (del latín *petitio principii*, “suponiendo el punto inicial”), un razonamiento circular, que confunde que la facultad, potestad o poder se posee gracias y a partir de que el sujeto es titular de un derecho que se la confiere. De ahí que aquello que es entitativamente “derecho” debe preceder a la facultad, la potestad o el poder subjetivo.

Pese a que resulta evidente la falaz identificación de Derecho y facultad subjetiva, como se ha dicho anteriormente, resulta claro que la misma deviene de una particular comprensión, idealista o inmanentista, de cuño cartesiano, que sostiene que el *cogito*, el ser pensante, es la única base cierta –idea clara y distinta– para establecer la realidad. Luego, “el soy se reduce a aquello por lo que sé que soy: soy porque pienso, soy mi pensamiento que se piensa, existo en mí y por mí”.²⁹ De modo que la realidad es un constructo individual y no hay una distinta más allá de la propia subjetividad.

Desde esa perspectiva, el recurso de fundamentar subjetivamente al Derecho tiene dos propósitos especiales: por una parte, salirle al paso a la circularidad lógica de la identificación; por otra, escapar a la necesidad metafísica de la fundamentación del Derecho. Sin embargo, ambas empresas no se logran, primero, porque afirmar que la facultad, potestad o poder subjetivo es la naturaleza misma del Derecho, no evita la pregunta respecto a de dónde proviene la misma. Segundo, porque desestimar la existencia de un terreno de la *realidad* distinto al de la mera *apariencia-experiencia*, es decir, de lo relativo, no evita la cuestión en torno a de dónde proviene, en últimas, la titularidad –el derecho– de esa facultad, potestad o poder subjetivo. Estas dos preguntas, en términos de lógica, desembocan en que

es claro que para llegar a una aproximación certera del concepto de autoridad desde la lógica deóntica se hizo necesario usar la lógica de la acción, ya que la primera por sí misma es insuficiente para estructurar lógicamente dicho concepto, fenómeno debido a que la lógica de acción como presupuesto de la lógica deóntica, tiene en cuenta que la variable “a”, que viene siendo el agente que produce la obligación de hacer o no hacer, y si a tal hecho adicionamos los factores de moralidad y legalidad, obtenemos que la producción de este agente es una norma genuina “g”, pero esta teoría solo es factible desde la lógica de la acción, ya que si remplazáramos los operadores

29 Carlos Cardona, *Metafísica de la Opción Intelectual* (Madrid: Rialp, 1973), 101.

deónticos de obligatoriedad y permisión por los de producción, tendríamos que el agente “a” dejaría de ser una autoridad y se transformaría en un sujeto normativo, el cual recibe órdenes pero no las da. Esto es parte de la llamada indeterminación del objeto del derecho, surgida de las paradojas propias del positivismo jurídico, que afectan tanto su validez como su autoridad.³⁰

Como se muestra desde la lógica, los pensadores que han supuesto el abandono de la definición aristotélica de filosofía primera (aquella que los pensadores medievales denominaron metafísica y que se ocupa del estudio del “ser en cuanto tal” y del conocimiento de la “esencia de las cosas”³¹) se encuentran en el problema de tener que explicar la naturaleza del Derecho sin caer en circularidad. De hecho, porque si no existe metafísica

en el fundamento del derecho tampoco podrán obtenerse, ni por evidencia ni por inferencia, los principios prácticos reguladores del *débitum* de la conducta humana porque no disponer de un fundamento real del Derecho es en definitiva no tener ningún fundamento para éste ya que el débito –que constituye la noción esencial de todo derecho– no puede fundarse válidamente por vía de la imposición ni por la vía del reconocimiento [...] De no ser así el conflicto jurídico quedaría inmerso en un laberinto de interpretaciones de la imposición o el reconocimiento.³²

Ciertamente la definición principal del Derecho no es la facultad subjetiva, aunque *ella*, sin duda, *es cierta razón del Derecho*, pues no hay derecho real independiente de un titular del mismo. De lo que se colige que tampoco la mera acción justa es el Derecho, pues en tanto acción subjetiva refiere una cierta ordenación de lo justo que no podría ser ella misma Derecho, sino *cierta razón del derecho*. Lo que de nuevo sumerge al concepto en la equivocidad, dada

la pluralidad de objetos que se designan con esta palabra, a saber: se llama “derecho” a cierto tipo de normas, a poderes o facultades de los sujetos jurídicos, al conjunto

30 Agudelo Giraldo et al., *Lógica Aplicada al Razonamiento del Derecho*, 79-80.

31 Aristóteles, en ese sentido, indicaba que “se llama sustancia lo que sea causa inmanente del ser en todas aquellas cosas que no se predicán de un sujeto”. Aristóteles, *Metafísica*, V, 1025a. Lo que a su vez es complementado por Tomás de Aquino, cuando este aducía

como el principio de toda ciencia que la razón puede tener de una cosa es la captación de su sustancia, pues ‘lo que es’, dice el filósofo (Aristóteles), es el principio de la demostración, conviene que el modo como sea entendida la sustancia de un ser sea también el modo de todo lo que conozcamos de él. Tomás de Aquino, *Summa contra Gentiles*, Libro I.

32 U.C.C., “Características que identifican la particularidad...”, 14.

•¿Qué es el Derecho?•

de conocimientos propios del jurista, al tribunal donde se imparte justicia y a la conducta jurídica.³³

Frente a semejante encrucijada, afirma Hoyos,

la clave del realismo para distinguir el derecho de su objeto, así como para integrar las nociones de *derecho realidad*, de *derecho subjetivo* y de *derecho norma*, está en la analogía. Ésta es la razón de que el realista armonice las diversas formas de hablar de la realidad jurídica, porque si en derecho no se dice de manera unívoca ni de manera equívoca, se dice de manera analógica.³⁴

Ahora bien, como se ha dicho repetidamente, la perspectiva en la que se mueve esta *Introducción al Derecho* es la del Realismo Jurídico Clásico, que se asienta en las premisas del Realismo Filosófico, que son: a) la realidad existe con independencia de ser pensada y conocida por el hombre; por lo que b) el principio y fundamento del conocimiento se encuentra más allá de lo fenoménico; y, por eso, c) existe una cierta dimensión de moralidad en la realidad humana, asequible a la razón práctica. De lo que se infiere, para la realidad jurídica, que el Derecho se identifica con lo justo, la cosa debida, cuya determinación corresponde a un saber práctico: el del jurista. Pero como esa identificación se dice de manera analógica, corresponde ahora aclarar este punto.

El concepto de analogía en el Derecho

Como se ha dicho, el Realismo Jurídico se caracteriza por una comprensión analógica del concepto de Derecho, que permite integrar ciertos significados secundarios o extensivos de lo jurídico (la norma, la facultad), que son entidades sustancialmente distintas, pero por alguna razón iguales, en virtud de su relación con el significado primigenio antes expuesto y por la aceptación de que la naturaleza humana es fuente efectiva del Derecho vigente. Por ello, aunque el término derecho es multívoco, se ordena según cierta jerarquía, de manera que la aplicación del mismo nombre a entidades diversas no puede ser fortuita y ha de existir por alguna realidad-unidad originaria.³⁵

33 Rodolfo L. Vigo, *El Iusnaturalismo Actual. De M. Villey a J. Finnis* (México: BFP., 2007), 42.

34 Ilva Myriam Hoyos, "Sobre el realismo jurídico clásico. Estudio Preliminar", en *¿Qué es el Derecho? La Moderna Respuesta del Realismo Jurídico*, de Javier Hervada, (Bogotá: Temis, 2005), XI.

35 Carlos Ignacio Massini, *Sobre el Realismo Jurídico. El concepto de derecho, su fundamento y concreción judicial* (Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 1995), 14.

En tal sentido, la predicación diversa expresa algo que el propio nombre es incapaz de expresar, en definitiva, la cosa justa. Porque, aunque existe la multiplicidad de objetos comparados y la desemejanza entre los mismos, todos ellos participan de una perfección común y jerarquizada.³⁶ Así, primero es la cosa justa; luego, el Derecho Subjetivo; después, la ley, a la que se aneja su saber; y, por último, la sentencia del tribunal donde se imparte justicia.

En este enfoque, por tanto, el conocimiento de la legislación sólo es uno de los componentes de un proceso formativo que contempla, a la vez, el estudio de los distintos sistemas de pensamiento jurídico –sean estos filosóficos o no– y el principio de *justicia*. Esto, en el entendido de que *dar a cada cual lo suyo, su derecho*, es el fundamento práctico de la acción individual y el factor de cohesión social que, como advierte la *Philosophica Juris*,

se conoce con el nombre técnico de *justicia*; y a quienes les corresponde realizar ese acto se les llama *juristas*, así pues la justicia del jurista no es la justicia de la plaza pública, ni la justicia de la quimera, sino la que resulta de dar a cada uno su derecho, examinando previamente la razón por la que algo es derecho de alguien.³⁷

Ahora bien, para el jurista, reconocer el analogado de la norma jurídica positiva no equivale a decir *lo justo o lo debido*, pues una “norma jurídica”, por el mero hecho de ser vigente o haber sido validada por un procedimiento formal, no es legítima y, por ende, objeto de obediencia. De hecho,

la definición de la norma jurídica se expresa con la clásica dicción *ratio iuris*; lo que en castellano tiene dos formas equivalentes de decirse: *la norma jurídica es la regla del derecho*, o también, *la norma jurídica es el estatuto del derecho*.³⁸

Esto, a su vez, expresa la clásica diferencia entre *ius* y *lex*: derecho y ley.³⁹ En ese sentido, tiene plena importancia advertir que el ejercicio del jurista es “decir *lo justo*, es nombrar el *derecho* porque son lo mismo. [Por eso] correlativamente,

36 Carlos Ignacio Massini, *Derecho y Ley según Kalinowski* (Buenos Aires: Idearium-Abeledo Perrot, 1987), 37. La analogía puede ser de *atribución*, si aquello que es significado con el nombre se da intrínsecamente en una sola realidad (esto es, en el analogado principal) y *extrínsecamente* en las otras (esto es, en los analogados secundarios), por una cierta relación que guardan con el primero.

37 U.C.C., “Características que identifican la particularidad...”, 17.

38 Hervada, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 320.

39 Como se recordará, Tomás de Aquino realiza la integración entre *ius* y *lex*, entre el tratado de la justicia (que incluye a su objeto: el derecho), el de la ley (desde la ley eterna hasta las leyes humanas) y la utilización de la analogía, como señala en su *Ad primun* de la cuestión 57 (*De iure*).

•¿Qué es el Derecho?•

si se interfiere o ataca un derecho, decimos que eso es injusto [pues] lo injusto es *la lesión del derecho*”.⁴⁰ La analogía, por ende, permite advertir que la *ipsa res iusta*, como el objeto de la justicia, es el objeto terminativo del Derecho. Sin embargo, señala Herrera,

la justicia tiene un doble objeto: la conducta o acción realizadora del acto justo (que constituye el objeto inmediato de la virtud, que como tal tiene que consistir en una acción o una pasión, y en este caso es una acción) y el objeto exterior al que está dirigida y en el cual termina la acción, que puede materializarse en una cosa exterior o en el propio acto considerado en su exteriorización y resultado con prescindencia (aunque reconociendo la vinculación) de la acción que lo produjo, en tanto este objeto (terminativo) se identifica con lo suyo, o el derecho del otro.⁴¹

En ese orden de ideas, la constitución del Derecho no es un acto de justicia, sino que este la precede. La cuestión es establecer qué o cuál es un acto primero y uno segundo⁴², porque si la justicia sigue al Derecho, el acto de justicia es un acto segundo. Abordar dicha cuestión requiere desarrollar varios puntos que se tratarán más adelante.

.....
40 Hervada, *¿Qué es el Derecho?*, 8.

41 Daniel Alejandro Herrera, “Participación y analogía en la fundamentación del derecho según Santo Tomás de Aquino” (ponencia presentada en el “Seminario Internacional de Investigación de Filosofía del Derecho y Ética”, Universidad Federal do Rio Grande, Brasil, 8 al 10 de Septiembre de 2010), http://www.sta.org.ar/xxviii/files/Miercoles/Herrera_03.pdf

42 El derecho precede a la justicia, porque nadie puede dar al otro lo suyo, si no conoce previamente qué es lo propio del otro. Pero, por otra parte, ese algo es derecho, no solamente por ser lo del otro, sino por ser al mismo tiempo lo debido (el objeto) que el acto de justicia tiene que realizar o respetar según el caso. Cf. *Summa contra Gentiles*, 2,28.